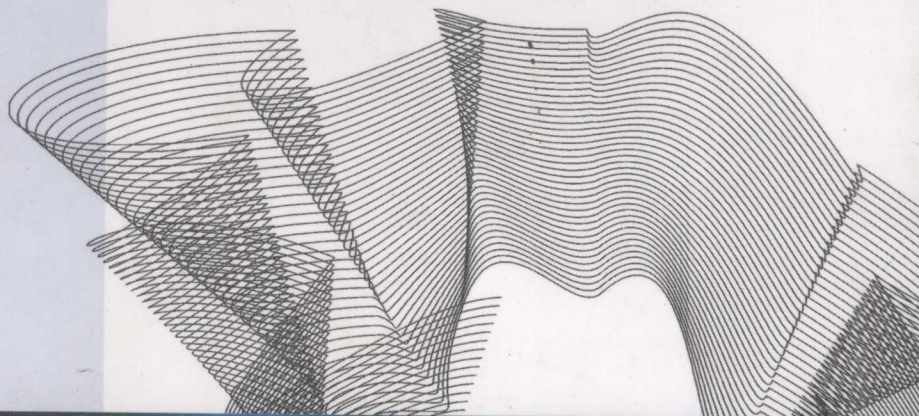


厦门大学
国际经济法
文库

主编 / 陈 安



多方多合同仲裁的 主要法律问题研究

池漫郊 著



厦门大学出版社
www.xmupress.com

International Economic Law Library
of Xiamen University

厦门大学国际经济法文库

多方多合同 仲裁的主要法律问题研究

池漫郊 著

厦门大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

多方多合同仲裁的主要法律问题研究/池漫郊著. —厦门:厦门大学出版社,2005

(厦门大学国际经济法文库/陈安主编)

ISBN 7-5615-2492-7

I. 多… II. 池… III. 合同-经济纠纷-仲裁-研究 IV. ①D913②D915.7

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 060628 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

福建二新华印刷有限公司印刷

2006年1月第1版 2006年1月第1次印刷

开本:890×1240 1/32 印张:8.5 插页:2

字数:225千字 印数:0001~3000册

定价:18.00元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

序 言

国际经济法是发展中的边缘性法学学科。在世界范围,国际经济法作为独立的法学学科,已有近 60 年的发展史。在中国,经过 20 多年的发展,国际经济法已成为法学各学科中理论研究最活跃、实践性最强的学科之一。当前,在经济全球化和中国加入世界贸易组织的新形势下,国际经济法更呈现其鲜明的时代性和蓬勃的生命力。

得改革开放风气之先,厦门大学在我国较早开展国际经济法的教学和研究。经原国家教委批准,厦门大学于 1981 年和 1985 年在全国率先招收国际经济法专业硕士生和本科生,1986 年开始招收国际经济法专业(1997 年后调整扩大为国际法专业)博士生。1987 年成立厦门大学国际经济法研究所。1995 年,厦门大学“国际经济法及台港澳法研究”学科点被列为全国高校“211”工程重点建设项目。2002 年,厦门大学国际法专业由教育部批准为国家重点学科。长期以来,厦门大学国际法专业学术群体秉承“自强不息,止于至善”的校训,囊萤映雪,开展了一系列国家急需的国际经济法理论和实务研究工作,为我国的法治建设和学科发展作出了应有的贡献。同时,经过不断探索,本专业逐渐形成“出人才”和“创成果”相互促进、相辅相成的研究生培养模式,培养了大批“懂法律、懂经济、懂外语”的国际经济法专门人才。

把本专业建成我国国际法领域的重要研究基地和人才培养基地是我们的奋斗目标。“厦门大学国际经济法文库”的编辑出版,是本专业学科建设和发展的长期性工作。“文库”的宗旨是以系列学术专著的形式,集中展现国际经济法领域的专题研究成果,促进学术和社会发展。“文库”立足出版厦门大学学者、校友在国际经济法领域的研究成果,更欢迎海内外国际经济法学者惠赐佳作。“文库”坚持作品的原创性标准,崇尚严谨治学,鼓励学术创新和争鸣。在出版国际经济法专家学者力作的同时,尤其关注国际经济法学界的新人新作,包括在优秀博士学位论文基础上发展的学术专著。我们期望“文库”成为国际经济法专家学者辛勤耕耘的园地,源源不断地产出智慧之果,启迪思想,弘扬学术。同时,更希望“文库”发挥国际经济法“智库”的功能,为我国的国际经济条约实践、涉外经贸立法以及涉外经贸实务提供有益的理论指导或参考。

“厦门大学国际经济法文库”编辑委员会

2003年6月2日

目 录

序言	1
绪论	(1)
一、仲裁条款拓展的问题	(2)
二、合并仲裁的问题	(4)
三、本论题的研究现状	(5)
四、研究素材与方法	(7)
五、本书的结构安排	(8)
第一章 仲裁条款拓展的前提问题	11
——问题的决定者与准据法	(11)
第一节 本章要解决的问题	(11)
第二节 决定仲裁条款拓展问题的主体	(12)
一、仲裁庭的决定权及其行使	(13)
二、法院的决定权及其行使	(15)
第三节 采用间接方法确定仲裁条款准据法及其不足	(19)
一、适用合同的具体约定及其不足	(20)
二、适用仲裁规则及其不足	(21)
三、适用当事人选择的仲裁条款准据法及其不足	(24)
四、适用仲裁地法及其不足	(28)
五、适用基础合同准据法及其不足	(29)
六、对上述观点的述评——间接方法的不足	(31)
第四节 采用直接方法确定仲裁条款准据法及其优势	(33)
一、直接方法对当事人意思自治的灵活务实态度	(34)

二、直接方法弱化对冲突法规则的适用	(35)
三、直接方法的理论创新	(38)
第五节 本章小结	(39)
第二章 仲裁条款拓展(一)	
——仲裁条款对未约定仲裁合同的拓展	(41)
第一节 本章要解决的问题	(41)
第二节 援引理论	(42)
一、传统的援引理论	(42)
二、援引理论在晚近的发展	(45)
三、援引与仲裁条款书面要求	(46)
第三节 交易惯例理论	(48)
一、当事人对交易惯例的遵守	(48)
二、交易惯例理论的适用	(49)
第四节 仲裁条款解释理论	(50)
一、对仲裁条款的宽泛解释	(51)
二、对仲裁条款的严格解释	(54)
三、对仲裁条款解释理论的述评	(55)
第五节 关联合同理论	(59)
一、仲裁条款在主从合同间的拓展	(61)
二、仲裁条款在母子合同间的拓展	(62)
三、仲裁条款在群体合同间的拓展	(65)
四、对关联合同理论的述评	(70)
第六节 本章小结	(71)
第三章 仲裁条款拓展(二)	
——仲裁条款对未签署人的拓展	(73)
第一节 本章要解决的问题	(73)
第二节 援引理论	(77)
第三节 行为推定接受理论	(78)
一、未签署人试图实施仲裁条款	(78)

二、未签署人参加仲裁程序	(80)
三、行为推定接受理论与仲裁条款书面要求	(80)
第四节 禁止反言理论	(83)
一、禁止反言的含义	(83)
二、禁止反言理论的适用	(85)
三、禁止反言理论与行为推定接受理论的辨析	(89)
第五节 第三方受益人理论	(90)
一、第三方受益人与合同相对性原则	(90)
二、第三方受益人理论的适用	(91)
三、第三方受益人理论与禁止反言理论的辨析	(94)
第六节 代理理论	(95)
一、有权代理与仲裁条款拓展	(96)
二、表见代理与仲裁条款拓展	(98)
第七节 仲裁条款转让理论	(101)
一、合同义务转让时仲裁条款转让	(102)
二、合同权利义务转让时仲裁条款转让	(103)
三、合同权利转让时仲裁条款转让	(105)
四、合同转让无效时仲裁条款转让	(116)
第八节 公司化身理论	(118)
一、公司化身的含义	(118)
二、公司化身理论的适用	(119)
第九节 公司集体理论	(122)
一、公司集体的含义——基于 Dow 案的分析	(123)
二、公司集体理论的适用	(125)
三、对于公司集体理论的述评	(128)
四、公司集体理论与公司化身理论的辨析	(129)
第十节 仲裁条款对公司内部个人的拓展	(130)
一、仲裁条款对于个人未签署人的拓展	(131)
二、仲裁条款并不当然拓展至个人签署人	(132)

第十一节 仲裁条款对未签署人拓展的例外情形·····	(134)
一、当事人的明确反对·····	(134)
二、基于人身关系缔结的仲裁条款·····	(135)
三、基于保密关系缔结的仲裁条款·····	(136)
第十二节 本章小结·····	(137)
第四章 仲裁条款拓展的后续问题·····	
——合并仲裁·····	(138)
第一节 本章要解决的问题·····	(138)
第二节 合并仲裁与分别仲裁优劣辨析·····	(140)
一、对仲裁程序的影响·····	(141)
二、对实体争议裁决的影响·····	(143)
三、对于两种仲裁形式的述评·····	(145)
第三节 合并仲裁的法律依据·····	(148)
一、依据仲裁条款合并仲裁·····	(148)
二、依据仲裁规则合并仲裁·····	(150)
三、依据国内法合并仲裁·····	(152)
第四节 主要仲裁机构的合并仲裁实践·····	(154)
一、美国仲裁协会·····	(154)
二、国际商会仲裁院·····	(156)
三、伦敦国际仲裁院·····	(157)
四、中国国际经济贸易仲裁委员会·····	(159)
五、对上述仲裁机构实践的述评·····	(160)
第五节 法院强制合并仲裁·····	(161)
一、法院强制合并仲裁的依据·····	(162)
二、法院强制合并仲裁的不足·····	(166)
三、对法院强制合并仲裁的反思·····	(169)
第六节 合并仲裁对仲裁程序的冲击及对策·····	(176)
一、关于“仲裁第三人”的问题·····	(177)
二、关于指定仲裁员的问题·····	(184)

三、关于仲裁费用分担的问题	(194)
四、关于仲裁裁决承认与执行的问题	(196)
第七节 事实上的合并仲裁	(199)
第八节 本章小结	(202)
结语:总结与启示	(204)
一、仲裁条款拓展与合并仲裁的关系辨析	(204)
(一)仲裁条款拓展与合并仲裁在适用场合上具有 特殊性	(206)
(二)仲裁条款拓展与合并仲裁在适用顺序上存在 承启关系	(207)
(三)仲裁条款拓展与合并仲裁在适用目的上具有 同一性	(207)
二、拓展仲裁条款与合并仲裁的危险	(208)
(一)违反当事人意思自治原则的危险	(208)
(二)仲裁裁决无法得到承认与执行的危险	(210)
三、本书研究的启示	(212)
(一)对当事人的启示	(212)
(二)对立法的启示	(219)
(三)对仲裁机构的启示	(221)
四、中国的立法现状与改进	(223)
(一)中国的立法现状	(223)
(二)对现行中国立法的改进	(225)
(三)本书的立法设计	(227)
五、多方多合同仲裁	(227)
 主要缩略语索引	(230)
主要法律法规索引	(233)
案例索引	(234)
主要参考资料	(245)

绪 论

随着经济的发展,国际商事交易已经逐渐突破了传统的双方单合同交易的形式(即一项交易仅牵涉到两个当事人和同一份合同)。今天我们所面临的国际商事交易正变得越来越复杂。从交易涉及的合同和当事人的数量来看,除了双方单合同交易之外,还可以将国际商事交易分为以下三种形式:多方单合同交易(即一项交易虽然只牵涉到一份合同,但却同时涉及多个当事人)、双方多合同交易(即一项交易虽然只牵涉到两个当事人,但却同时涉及一份以上合同)以及多方多合同交易(即一项交易同时牵涉到两个以上当事人和一份以上合同)。这三种交易形式共同构成了广义的多方多合同交易,而狭义的多方多合同交易则仅仅指上述最后一种交易形式。本书取广义说。不难想象,多方多合同交易就有可能导致多方多合同争议,而多方多合同争议则可能导致多方多合同仲裁。由于目前的国际商事仲裁制度是建立于传统的双方单合同仲裁的现实之上的,因此在处理多方多合同仲裁时往往无法提供令人满意的解决方案。^①那么,多方多合同仲裁究竟给我们带来了什么挑战?我们应该如何应对这些挑战?

^① Philippe Leboulanger, Multi-Contract Arbitration, *J. Int'l Arb.*, Vol. 43, No. 13, 1996, p. 43.

一、仲裁条款拓展的问题

在多方多合同交易中,经常会出现两种特别的情形:其一,在参加同一笔交易的多个当事人中,有些当事人虽然参加了交易,但却并没有签署合同(也即没有签订仲裁条款);^①其二,在同一笔交易所涉及的多份合同中,只有部分合同包含仲裁条款,而其他合同不包含仲裁条款。^②举例来说,假定同一笔交易牵涉到A、B、C三个当事人以及甲、乙两份合同。^③两份合同均是由A与B签订的,其中甲合同包含仲裁条款,^④而乙合同并不包含仲裁条款,^⑤C也不是仲裁条款签署人。一旦当事人之间产生争议,争议就可能为下面的情形之一:

情形之一,争议是仲裁条款签署人之间(A、B)基于约定仲裁合同(甲合同)而产生的。在这种情形下,由于A、B均是甲合同仲裁条款签署人,故A与B必须将争议提交仲裁。

情形之二,争议是仲裁条款签署人之间(A、B)基于未约定仲裁合同(乙合同)而产生的。在这种情形下,A/B均可以声称乙合同不包含仲裁条款,他们对于乙合同争议并没有仲裁意图,因此拒绝将争议提交仲裁。

情形之三,争议是仲裁条款签署人与未签署人之间(A/B与C)基于约定仲裁合同(甲合同)而产生的。在这种情形下,C可以声称自己不是甲合同仲裁条款签署人,因此反对与A/B进行仲裁;当然,A/B也完全可能以同样的理由拒绝与C仲裁。

① 需要注意的是,交易当事人并非合同当事人是完全可能的。正如后文所讨论的那样,比如在公司集团中,母公司与第三人签订了合同,但子公司却实质性地参与到合同的履行中来。虽然子公司并未签署合同,但他却是名副其实的交易当事人。关于这个问题可以参见本书第三章关于“公司化身理论”与“公司集体理论”的论述。

② 为了本书论述的目的,本书所称的仲裁条款按照其准据法均为有效仲裁条款。仲裁条款本身的效力问题并非本书的研究对象。

③ 为了本书论述的目的,本书所称的当事人按照其准据法均为合格的民事行主体;同时,本书所称的合同按照其准据法均为有效合同。

④ 为了论述的方便,本书将包含仲裁条款的合同称为“约定仲裁合同”。

⑤ 为了论述的方便,本书将不包含仲裁条款的合同称为“未约定仲裁合同”。

情形之四,争议是仲裁条款签署人与未签署人之间(A/B与C)基于未约定仲裁合同(乙合同)而产生的。在这种情形下,无论是A/B还是C都有两个理由反对仲裁:A/B与C之间没有仲裁条款、乙合同不包含仲裁条款。^①

在上述四种争议情形中,第一种情形没有问题。对于后三种情形而言,一般只有两种方法解决争议:其一,严格遵守仲裁条款,只允许将涉及仲裁条款签署人(A、B)就约定仲裁合同(甲合同)的争议提交仲裁,而涉及未签署人(C)和未约定仲裁合同(乙合同)的争议则必须通过诉讼解决。这种方法是传统的方法,在适用时一般不会产生特别的问题。其二,在适当的情况下对仲裁条款进行拓展,允许将涉及未签署人(C)和未约定仲裁合同(乙合同)的争议提交仲裁。很显然,这种方法与传统方法相背离。为了适用该方法,就必须将仲裁条款的效力拓展到未签署人和未约定仲裁合同之上。这就是本书所研究的“仲裁条款拓展”(the extension of arbitration clause)的问题,也是本书研究论题的第一个方面。

所谓“仲裁条款拓展”是指,在特定情形下对仲裁条款的效力范围进行扩大解释,使仲裁条款对未签署人和/或未约定仲裁合同生效。^② 仲裁条款对未签署人生效表明未签署人可以享有仲裁的权利,也必须承担仲裁的义务;而仲裁条款对未约定仲裁合同生效,则意味着基于该合同产生的争议也必须提交仲裁解决。在本质上说,仲裁条款拓展问题就是争议当事人之间就争议合同是否存在有效仲裁条款,以及仲裁庭对争议是否具有管辖权的问题,因此属于仲裁程序问题。仲裁条款拓展实际包含两个方面:仲裁条款对未约定仲裁

^① See Steven Walt, Decision by Division: The Contractarian Structure of Commercial Arbitration, *Rutgers L. Rev.*, Vol. 369, No. 51, Winter, 1999, p. 375.

^② Mark Blessing, Extension of the Scope of the Arbitration Clause to Non-Signatories, in Swiss Arbitration Association (ASA), *The Arbitration Agreement-Its Multifold Critical Aspects*, A Collection of Reports and Materials Delivered at the ASA Conference held in Basel on 17 June 1994, ASA Special Series No. 8 (hereinafter: *ASA Special Series*), p. 158.

合同的拓展和对未签署人的拓展。前一种情形容易出现在多合同争议(包括双方多合同争议和多方多合同争议)之中,后一种情形则容易出现在多方争议(包括多方单合同争议和多方多合同争议)之中。

二、合并仲裁的问题

假定仲裁条款可以拓展到未约定仲裁合同和未签署人之上,其后果就是所有争议当事人(无论是否为仲裁条款签署人)和所有争议合同(无论是否包含仲裁条款)都将受制于相同的仲裁条款。但必须指出,即便仲裁条款被拓展,争议仍可能无法顺利解决。举例分析这个问题。假定 A、B、C 共同参与了同一笔交易,其中 A 与 B 签订了包含仲裁条款的甲合同,而 A 与 C 签订了不包含仲裁条款的乙合同。依据甲合同仲裁条款的规定,仲裁庭的组成方法为双方当事人各指定一名仲裁员,这两名仲裁员共同推选首席仲裁员。争议产生后,如果仲裁条款可以拓展到 C(未签署人)与乙合同(未约定仲裁合同)之上,则所有当事人(A、B、C)以及所有争议合同(甲、乙合同)都受制于该仲裁条款。这就意味着,A、B、C 之间就甲、乙合同产生的争议必须采用仲裁解决。问题在于,虽然仲裁条款拓展排除了诉讼的可能性,但这并不足以确定争议解决的具体形式。至少从理论上说,当事人仍可以通过不同的仲裁形式来解决争议。

方式之一,A 与 B 以及 A 与 C 通过指定不同的仲裁员组成两个不同的仲裁庭,^①两个仲裁庭在不同的仲裁程序中分别审理甲合同争议和乙合同争议。这种方法实际上就是分别仲裁(separate arbitration),也是传统方法。

方式之二,A 与 B 以及 A 与 C 通过指定相同的仲裁员组成相同的仲裁庭,该仲裁庭在同一个仲裁程序中对甲合同争议与乙合同争议进行合并审理。这种方法实际上就是合并仲裁(consolidation of

^① 需要注意的是,在实践中,仲裁员的指定并不总是取决于当事人的意思,有时仲裁机构乃至法院也可以起到相当重要的作用。

arbitration),也是现代方法。所谓合并仲裁,一般是指将当事人之间原本应分别仲裁的多项争议合并到同一个仲裁程序中由同一个仲裁庭进行审理。^①

方式之三,A与B以及A与C通过指定相同的仲裁员组成相同的仲裁庭,但该仲裁庭在不同的仲裁程序中分别审理甲合同争议与乙合同争议。这种方法可以被称为“准合并仲裁”。事实上,这种仲裁形式并非严格意义上的合并仲裁,但可以被认为是“事实上的合并仲裁”(de facto consolidation of arbitration),在本质上是合并仲裁与分别仲裁的一种折衷形式。

上面的论述显示,在仲裁条款被有效拓展之后,争议仍可能通过不同的仲裁形式加以解决。因此,仲裁条款拓展后我们必须解决的问题是,到底应该采用哪种仲裁形式来解决争议呢?之所以需要探讨仲裁形式的问题,是因为采用不同的仲裁形式不仅会造成仲裁程序方面的差异,也会对当事人的实体权利义务产生影响。为了保证公平高效地解决争议,通常需要采用合并仲裁的形式。这也是本书研究论题的第二个方面。

三、本论题的研究现状

由上观之,多方多合同仲裁带来的挑战主要在于两个方面:一是仲裁条款拓展问题,一是合并仲裁问题。一般说来,为了顺利解决多方多合同争议,首先要对仲裁条款进行拓展,以使其可以约束未约定仲裁合同和/或未签署人。然而,仲裁条款拓展本身并不能顺利解决争议。在仲裁条款拓展后,有时仍需要对未约定仲裁合同和/或未签署人进行合并仲裁,以公平高效地解决争议。问题在于,无论在国际

^① See Julie C. Chiu, Consolidation of Arbitral Proceedings and International Arbitration, *J. Int'l Arb.*, Vol. 53, No. 7, 1990, p. 53. 值得注意的是,该文作者为了论述的需要,将合并仲裁局限在没有得到当事人同意的条件之下。本书认为,合并仲裁既可以发生在缺乏当事人同意的情况下,也可以发生在得到当事人同意的情况下。关于合并仲裁的详细论述,参见本书第四章。

层面还是在国内层面,多方多合同仲裁问题(包括仲裁条款拓展问题与合并仲裁问题)都没有引起足够重视。

在国内层面上,目前几乎没有专门以多方多合同仲裁为研究主题的著述。现有的相关著述至少有两方面不足:其一,现有著述缺乏全面性,一般仅对多方多合同仲裁的某一特定问题进行论述(比如基础合同转让后仲裁条款能否转让、母公司与第三人之间的仲裁条款能否对子公司生效等),显得零散而缺乏系统性;其二,现有著述大多对案件事实与法院和仲裁庭的实践本身更为关注(比如仅针对法院在某一特定案件中所作的拓展仲裁条款的决定进行研究),而较少探求其所蕴涵的理论,因此理论性较为薄弱。^①

在国际层面上,尽管自上个世纪中晚期以来,鉴于国际商事交易的日益复杂化,主要国际商事仲裁机构(比如国际商会仲裁院)以及学者们都加强了对多方多合同仲裁的研究,但现有研究成果也有两个主要不足:其一,现有著述大多集中在多方仲裁与合并仲裁的领域,对多合同仲裁的研究显得相对落后;其二,现有著述通常将仲裁条款拓展与合并仲裁作为两个独立的问题分别研究,没有将两者适当地结合起来,也缺乏对两者之间关系的研究。

需要注意的是,尽管理论研究显得滞后,但法院和仲裁庭解决多方多合同仲裁的相关实践却层出不穷。美国法院与国际商会仲裁院更是此方面实践的积极推动者。不难看出,在多方多合同仲裁领域,当前的理论与法律实践之间出现了脱节:一方面法律实践越来越频繁,但另一方面理论研究却日益显得滞后。有鉴于此,学者们也

^① 国内对于多方多合同仲裁问题的主要著述可以参见,王生长:《仲裁协议及其效力确定》,《仲裁与法律》,2001年第10期;赵健:《长臂的仲裁协议——论仲裁协议对未签字人的效力》,《仲裁与法律》2000年第1期等。

坦白承认,多方多合同仲裁带来的挑战至今还无法完全解决。^①

正是基于这样的背景,本书拟以多方多合同仲裁为研究主题,并对该主题的两个主要方面,即仲裁条款拓展与合并仲裁,进行深入研究,争取达到两个目的:其一,对现有较为零散的研究成果进行归纳与总结,并找出其中的核心与难点所在;其二,对核心与难点问题进行创新性研究,争取提出有益的建议,以帮助当事人、仲裁机构乃至立法机构更好地应对多方多合同仲裁所带来的挑战。

四、研究素材与方法

就资料来源而言,除了主要国际商事仲裁的著作之外,本书搜集的学术论文主要以国际商事仲裁领域的权威期刊《国际仲裁学刊》、^②《国际仲裁》^③以及《美国国际仲裁学刊》^④为主要来源。本书研究的案例则主要以美国法院案例与国际商会仲裁院的案例为主要来源(因为这两者恰是拓展仲裁条款与合并仲裁实践的最主要的倡导者与推动者),并尽量结合大陆法系与英美法系的法律实践进行比较研究。

在研究方法上,简要而言,本书主要综合采用了以下方法:

其一,案例分析方法。当前对多方多合同仲裁问题作出规定的国际、国内立法(地区立法)不仅数量上非常有限,立法质量也参差不

① See Carolyn B. Lamm & Jocelyn A. Aqua, Defining the Party-Who Is A Proper Party in An International Arbitration before the American Arbitration Association and Other International Institutions, *Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, Vol. 711, No. 34, 2003, p. 712; Stephen R. Bond, The Experience of the ICC International Court of Arbitration, in *International Chamber of Commerce Institute of International Business Law and Practices, Multi-party Arbitration: Views from International Arbitration Specialists*, ICC Publishing S. A., 1991 (hereinafter: *ICC Multi-party Arbitration*), p. 46; see also Marc Blessing, Extension of the Scope of the Arbitration Clause to Non-Signatories, in *ASA Special Series*, *supra*, p. 163.

② 该杂志的英文名称为 *Journal of International Arbitration (J. Int'l Arb.)*.

③ 该杂志的英文名称为 *Arbitration International (Arb. Int'l)*.

④ 该杂志的英文名称为 *American Journal of International Arbitration (Am. J. Int'l Arb.)*.